# Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doctorwürde

einer hohen juristischen Fakultät

der

Universität Erlangen

vorgelegt von

**Dr. jur. Aug. Siller,**

Referendar.

**Haus Germete,** November 1895.

Warburg.
Druck von M. Schilp.
1895.

# Inaugural-Dissertation

zur

## Erlangung der juristischen Doctorwürde

einer hohen juristischen Fakultät

der

Universität Erlangen

vorgelegt von

**Dr. jur. Aug. Siller,**

Referendar.

**Haus Germete,** November 1895

Warburg
Druck von M. Schilp.
1895.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535724_0120

Seinen geliebten Eltern

in Dankbarkeit gewidmet

vom Verfasser.

# Der accessorische Charakter des Pfandrechts nach Römischem Recht und den mordernen deutschen Hypothekenordnungen.

# Benutzte Litteratur.


Windscheid: Pandekten I. 6. Aufl. 1887. Frankfurt a. M.

Baron: Pandekten 8. Aufl. Leipzig 1893.

Dernburg: Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen röm. Rechts 1. Band, Leipzig 1860.

Puchta: Pandekten. 12. Aufl. Leipzig 1877.

Brinz: Lehrbuch der Pandekten. 1 Erlangen 1857.

Vangerow: Lehrbuch der Pandekten. 1. II. 6 Aufl. Marburg 1851.

Mühlenbruch: Lehrbuch des Pandektenrechts. 3. Aufl. 2. Teil. Halle 1840.

Thibaut: Civilistische Abhandlungen Heidelberg 1814.

v. Linde: Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß. XX. Band. Gießen 1844.

v. Glück: Ausführliche Erläuterung der Pandekten. Band 14 und 18. Erlangen 1813 und 1816.

Buchholz: Versuche über einzelne Teile der Theorie des heutigen röm. Rechts. Berlin 1831.

Büchel: Ueber die Verpfändung für nicht vollgiltige Obligationen Marburg 1836.

Bachofen: Das römische Pfandrecht I. Basel 1847.

Exner: Kritik des Pfandbegriffes nach römischem Recht. Leipzig 1873.

v. Ihering: Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen röm. und deutsch. Privatrechts XI. Jena 1871. Ueber die accessorische Natur des Pfandrechts.

Schott: Heidelberg.

Sintenis: Handbuch des gemeinen Pfandrechts. Halle 1836.

Dahn: Die Wirkung der Klageverjährung bei Obligationen München 1855.

Schwanert: Die Naturobligationen des röm. Rechts. Göttingen 1861.

Savygny: System des heutigen römischen Rechts. V. Berlin 1841.

Mühlenbruch: Cession der Forderungsrechte 3. Aufl. Greifswald 1836.

Weber: Systematische Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung. 5. Aufl. Leipzig 1825.

Gesterding: Lehre vom Pfandrecht nach den Grundsätzen des röm. Rechts. 2. Aufl. Greifswald 1831.

Franke: Civilistische Abhandlungen. Göttingen 1826

Fitting: Ueber den Begriff der Rückziehung. Erlangen 1856.

v. Löhr: Archiv für civilistische Praxis. X.

Büchel: Civil. Erörterungen. 2. Aufl. — bereits oben angef. —

Guyet: Archiv für civilistische Praxis. XI.
Die Werke von Donellus und Cujacius.

Schmidt: Grundsätze des gemeinen und preußischen Pfandrechts. Breslau 1840.

Gengler: Das deutsche Privatrecht. 4. Aufl. Erlangen und Leipzig 1892.

Gerber: System des deutschen Privatrechts. 15. Aufl. Jena 1886.

Beseler: System des gemeinen deutschen Privatrechts. 1. 3. Aufl. Berlin 1873.

v. Ihering: Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen röm. und deutsch. Privatrechts. XI. Jena 1871.

Brinz: Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. 21. München 1879.

Mascher: Das deutsche Grundbuch- und Hypothekenwesen. Berlin 1869.

Stobbe: Handbuch des deutschen Privatrechts. II. Berlin 1875.

Regelsberger: Das bayrische Hypothekenrecht. 1. Leipzig 1874.
v. Bar: Das hannoversche Hypothekenrecht. Leipzig 1871.
Handbuch des rheinischen Civilrechts. 2. Aufl.
Bremer: Hypothek und Grundschuld. Göttingen 1869.
Förster: Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Rechts. III. 5. Aufl. Berlin 1887.
v. Meibom: Das mecklenburgische Hypothekenrecht. Leipzig 1871.
Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich und die Motive zu demselben.

# Inhaltsübersicht.

§ 1—3. A. Einleitung. Definition der Begriffe „Pfandrecht" und „accessorisch."

§ 4. B. Behandlung der gestellten Aufgabe.

§ 4—26. Erster Teil.

(Römisches Recht.)

Der Charakter des Pfandrechts ist

§ 4—23. I. accessorisch, denn:

1. Zu seiner Entstehung ist die Existenz einer giltigen Obligation erforderlich.

Es ist ein Pfandrecht bestellt für

§ 8—14 a.) eine Civilobligation, die

α.) ispo jure nulla

β.) ope exceptionis perpetuae ineficax ist.

§ 15 b.) eine Naturalobligation.

§ 16—17. 2.) Ist die Forderung bedingt, befristet oder zukünftig, so ist es auch das Pfandrecht.

§ 18—20. 3.) Aendert sich die Forderung, indem sie

a.) sich vermehrt,

b.) sich vermindert, so folgt ihr das Pfandrecht in die neue Gestalt.

§ 21. 4.) Aendert sich die Pfandsache, so wird hiervon auch das Pfandrecht beeinflußt.

§ 22. 5) Kommt eine andere Obligation zu stande, so haftet auch für diese das Pfand.

§ 23. 6.) Geht die Forderung unter, so erlischt im allgemeinen auch das Pfandrecht. [1])

Das Pfandrecht hat

§ 24—26 II. einige Durchbrechungen der accessorischen Natur erfahren;

[1]) Die Cession der Forderung wird bei der hypothekarischen Succession berücksichtigt.

§ 24—25. 1. durch seine Fortdauer, obwohl die Forderung
a) durch Verjährung,
b) durch Konfusion untergegangen ist;
§ 26. 2. in den Fällen der hypothekarischen Succession.
§ 27. III. Das Pfandrecht an eigener Sache.
§ 28. Abschluß des römischen Teils.
§ 29—41. Zweiter Teil.
Deutsches Recht.
§ 29. I. Das accessorische Element in der Entwickelung der Deutschen Hypothek.
Die moderne Hypothek ist
§ 30—34. II. Zum Teil accessorisch geblieben:
§ 30—31. 1) Zu ihrer Entstehung ist eine causa debendi erforderlich,
§ 32. 2. sie muß auf den Namen eines bestimmten Gläubigers eingetragen sein.
§ 33. 3. in beschränkter Weise in Bezug auf die Einrede.
§ 34. Die Sicherungshypothek.
§ 35. III. Zum Teil hat sie ihren accessorischen Charakter abgestreift.
§ 35. 1.) in Bezug auf die Löschung,
§ 36—37. 2.) durch die „Publicität" des Grundbuchs,
§ 38. 3.) durch die „Specialität" des Grundbuchs.
§ 39—42. IV. Eine selbständige Hypothek hat sich entwickelt.
§ 39. 1.) in Mecklenburg.
§ 40. 2.) in Hamburg, Lübeck.
§ 41. 3.) in Preußen.
§ 42. C. Schluß.

# Einleitung.

## Definition der Begriffe: „Pfandrecht" und „Accessio".

A. § 1. Bevor wir in die Behandlung des gestellten Themas eintreten, möge im Folgenden eine kurze Bestimmung für zwei Begriffe gegeben werden, welche die Unterlage für unsere Arbeit bilden.

§ 2. Zunächst definiren wir in Uebereinstimmung mit der jetzt herrschenden Ansicht, den Begriff Pfandrecht als „das einem Gläubiger behufs Sicherung seiner Forderung an einer fremden Sache zustehende dringliche Recht, bestehend in der Befugnis, sie zu besitzen und sie zu verkaufen, um sich aus dem Erlöse für seine Forderung selbst zu befriedigen". [1])

§ 3. Den Begriff „accessorisch" finden wir in den Lehrbüchern des römischen Rechts bei Gelegenheit der Einleitung der Sachen angewandt, dort ist er bestimmt als die Eigenschaft einer Sache, die zu einer andern in einem Abhängigkeitsverhältnisse steht.

Doch ist der Ausdruck Aceessio keineswegs auf Sachen beschränkt, sondern er begreift auch Rechte, wie z. B. das Pfandrecht. [2])

So definiren wir accessio, wenn sie bei Rechten vorkommt, als das zu einem anderen in einer Zweckbeziehung stehende Recht, analog dem Verhältnis zwischen Hauptsache und Pertinenz.

---

[1]) Baron. a. a. O. §. 185.

[2]) l. 4. D. de sol. 46, 3.

## B. I. Der accessorische Charakter des Pfandrechts.

§ 4. Der Charakter des Pfandrechts im römischen Recht ist ein accessorischer. Es sind zwar bedeutende Pandektisten zu dem Resultate gelangt, daß diese accessorische Natur keineswegs streng durchgeführt ist, daß sich vielmehr zahlreiche Abweichungen davon vorfinden; [3]) doch bekennt sich die herrschende Meinung zu der oben vertretenen Ansicht, die durch l. 43 D. 46, 3 — wo das Pfandrecht einmal „accessio“ genannt wird, — gerechtfertigt ist.

Zum genauen Beweise diene folgendes:

### 1. Die Entstehung des Pfandrechts.

§ 5. Zur Entstehung des Pfandrechts ist eine Forderung notwendig.

Diese Existenzbedingung des Pfandrechts muß in seinem Wesen und Zweck gesucht werden.

Das Pfandrecht ist kein selbständiges Recht, das seinen Zweck in sich selbst hat, es dient vielmehr dazu, dem Gläubiger für seine Forderung eine reelle Sicherheit zu bieten, ihm die Durchführung eines anderen Rechtes zu erleichtern und gewährt ihm deshalb die weitgehende Befugnis, das Pfand in Besitz zu nehmen und zu verkaufen.

Ist also keine Forderung vorhanden, wofür und wem sollte ein Pfandrecht Sicherheit bieten? Welchen Vorteil sollte es seinem Inhaber bringen, wenn er keine Forderung geltend machen kann? Die Forderung ist also, — wie Puchta in seinen Pandekten § 194 S. 295 sagt, — die conditio sine qua non für das Pfandrecht. Aus diesem engen Zusammenhang zwischen Forderung und Pfandrecht folgt, daß nur demjenigen, welchem eine Forderung zusteht, auch ein Pfandrecht gebührt, während es für einen anderen wertlos ist; daß es nur dem Gläubiger Vorteil bringen soll, soweit, als ihm seine Forderung in Aussicht stellt; ferner, daß dieser bei einem eventuellen Verkauf des Pfandes den Erlös nur bis zur Höhe seiner Forderung behalten darf, und endlich, daß das Pfand-

[3]) Brinz hat sogar in seinen Pandekten §. 78, S. 293 dem Pfandrecht infolge seines eigenen Begriffs von der Accession den accessorischen Charakter vollständig abgesprochen.

recht nie ohne seine Forderung verkauft werden darf, weil der, der keine Zahlung fordern, auch kein Pfandrecht ausüben kann. [4])

Gleichwohl ist die oben aufgestellte und erläuterte Behauptung der Notwendigkeit einer Forderung zum Entstehen des Pfandrechts keineswegs unbestritten. Vor allem leugnen Dernburg [5]) und Schott [6]) dies geradezu und behaupten, daß das Pfandrecht der versicherten Forderung zeitlich vorgehen könne. Eine Widerlegung dieser Ansicht soll bei der Besprechung der „Pfandbestellung für eine zukünftige Forderung" versucht werden.

§ 6. Von dem oben Behaupteten ist hier jedoch eine Ausnahme zu vermerken; Der Fall nämlich, daß ein angeblicher Pfandgläubiger, der im Besitze des Pfandes ist, durch persönliche Klage ein rechtskräftiges condemnatorisches Urteil auf Grund einer nichtigen oder getilgten Pfandschuld erlangt hat. Materiell hat zwar der Sieger, wenn er vorher keine Forderung hatte, auch nach dem Urteilsspruch keine; aber das Urteil besitzt formelle und positive Rechtskraft, — l. 207 D. de dio. R l. 50, 17 res judicata pro veritate accipitur — und dem Schuldner, der gegen den im Besitze des Pfandes befindlichen Gläubiger die rei vindicatio anstellt, steht die exceptio rei judicatae [7]) entgegen, bis er die Summe, zu der er rechtskräftig verurteilt ist, bezahlt hat.

§ 7. Aus dem bisher gesagten folgt, daß auch die Forderung eine giltige sein muß, damit für sie ein Pfandrecht giltig bestellt werden kann. Doch ist er für das Pfandrecht vollkommen unerheblich, welcher Art und welcher rechtlichen Natur die Obligation ist; aus welchen Rechtsgründen sie erwuchs, ob das Pfandrecht mit der Forderung gleichzeitig oder erst später entstanden ist; ob das Pfandrecht sich auf die ganze Obligation oder nur

---

[4]) Mithin ist auch die Pfandbestellung an den solutireis causa adjectus — l. 56 §. 2 D. B. O. 45, 1. — dem nur die Befugniß zusteht, Zahlung anzunehmen, der jedoch weder Klagerecht, noch selbständiges Forderungsrecht hat und infolgedessen nicht Creditor sein kann, nichtig.

[5]) Dernburg: a. a. B. §. 66 S. 52 o.

[6]) Schott: Jahrb. f. Dogm. des heut. röm. und deutsch. Privatrechts. XV. B. S. 4.

[7]) l. 7 §. 4. D. de except. rei judic. 44, 2.

einen Teil derselben bezieht; was Pfandgegenstand ist; ob für eine eigene oder fremde Schuld ein Pfandrecht bestellt ist, und endlich, ob die Obligation klagbar ist oder nicht. [8])

a. α) Die Civilobligation für die das Pfandrecht bestellt ist, ist ipso jure nulla.

§ 8. Ist eine Obligation ipso jure nulla und für diese ein Pfandrecht bestellt worden, so ist gemäß dem Verhältniß zwischen Forderung und Pfandrecht auch das letztere nichtig und hat keine juristische Wirkung. Es können niemals die Wirkungen des Pfandrechts eintreten, denn, wenn der Gläubiger keine Forderung hat, darf ihm auch das Pfandrecht nicht die Gelegenheit bieten, sich dennoch Zahlung zu erzwingen. Ferner kann, wenn keine Hauptobligation vorhanden ist, von einem „Pfandrecht" überhaupt gar nicht die Rede sein, da erstere die wesentliche Bedingung des letzteren ist.

Für diese Ansicht zeugt auch die Thatsache, daß intercedirende Frauen, welche wissentlich die versprochene Schuld bezahlt haben, zwar nicht das Gezahlte, wohl aber das für die Intercession bestellte Pfand zurückfordern können. l. 32 § 1 D ad S. Ct. Vellej. 16. 1.

Der Verpfänder kann also das ausgeliehene Pfand mit der rei vindicatio zurückfordern, so z. B. in Fällen, wo für eine verbotene Spielschuld, oder von einem gerichtlich erklärten Verschwender, oder von einem Pupillen ohne Einwilligung des Vormunds, oder von einer Frau zur Bestärkung einer übernommenen Bürgschaft oder für das Versprechen eines Wahnsinnigen oder für wucherische Zinsen[9]) oder für den Betrag, der das Maß einer nicht insimuirten

---

[8]) Zwar hat in neuerer Zeit Gesterding in seiner Lehre vom: „Pfandrecht nach Grundsätzen des römischen Rechts 2. Aufl. S. 10" behauptet: „Es muß diese Verbindlichkeit entweder ursprünglich eine Geldverbindlichkeit sein, oder sich in eine solche verwandeln lassen" Diese Ansicht ist direkt gegen die Entscheidung der Quellen l. 9 § 1 D. 13, 7 non tantum ob pecuniam, sed et ob aliam causam pignus dari potest. l. 5. D. de pign. 20, 1. führt mandatum, locatio conductio operarum auf, die nicht in eine Geldverbindlichkeit umgewandelt werden können. Diese Ansicht ist zweifellos unrichtig.

[9]) l. 11 §. 3. De de pign. 13, 7.

Schenkung übersteigt, ein Pfandrecht bestellt ist; hierbei ist es gleichgiltig, ob der Promissar oder ein Dritter das Pfand bestellt hat.

§ 9. Doch ist hier ein Bedenken:

Begründet nicht jemand gerade dadurch, daß er wissentlich für eine untergegangene Schuld ein Pfandrecht bestellt, eine Forderung gegen sich? Man denke an den Fall, daß ein Haussohn gegen das S. Ct. Maced ein Darlehn aufnimmt, dann, während er noch in der Gewalt des Vaters ist, stirbt, und der Vater für die Schuld ein Pfand bestellt? Es ließe sich zwar sagen, da es wohl kaum in der Absicht des Vaters liege, ein Geschäft vorzunehmen, das jeder juristischen Wirkung entbehrt, so habe er eine neue Verbindlichkeit begründen, ein Schenkungsversprechen geben wollen. Doch es liegt auf der Hand, daß der Vater hieran nicht im entferntesten gedacht hat, daß er vielmehr durch Bestellung eines Pfandes für die Nichtschuld nur die Absicht kundgab, dem Gläubiger für die alte untergegangene Obligation Sicherheit zu bieten. Diese Absicht ist jedoch nicht zu verwirklichen, denn die Schuld des Haussohnes geht in Ermangelung eines Erben nach classischem Recht durch seinen Tod unter. Mithin ist jene Pfandbestellung des Vaters nichtig. So ist auch die Entscheidung der römischen Juristen. [10])

§ 10. Ein zweiter Fall ist denkbar. Es gibt jemand für eine überhaupt nicht bestehende Forderung ein Pfand. In diesem Falle muß allerdings der Jurist in der Verpfändung den Willen des Verpfänders sehen, eine neue Verpflichtung zu begründen: z. B. in dem Fall, wo jemand deshalb ein Pfand gibt, damit der Pfandnehmer sich für ihn verbürge. Insofern nun die zu begründende Forderung keine rechtlich reprobirte ist, wird für sie das Pfandrecht giltig bestellt und entsteht zu gleicher Zeit wie die Forderung. [11])

b. β) Der Civilobligation, für die ein Pfandrecht bestellt ist, steht eine exceptio perpetua entgegen.

§ 11. Zu unterscheiden von dem Fall, wo eine Obligation völlig und ipso jure nulla ist, infolge dessen nur der Schein eines

[10]) l. 11. D. de fidejussoribus 46, 1 l. 18 D. de S. Ct. Maced. 14, 6.
[11]) l. 8. §. 15. D. de alimentis. 2, 15.

Pfandrechts vorliegt, und alles, was unter den Parteien ausgemacht ist, keine juristische Bedeutung hat, — ist der Fall, in welchem ein Pfand bestellt ist, für eine Forderung, die zwar giltig ist, der aber eine peremtorische Exceptio entgegensteht.

In diesem Falle stehen die Einreden, die der Forderung anhaften, auch jedem Anspruch, der sich auf das Pfandrecht begründet, entgegen.

Wir müssen jedoch hierbei zwei Klassen von Exceptionen unterscheiden: die exceptiones personae und rei cohaerentes, welch letztere wieder in solche mit relativen und mit absolutem Charakter zerfallen. [12])

§ 12. Die rein persönlichen Exceptionen sind von schwächster Wirkung. Sie gehen auf id quod facere potest und sind höchst persönlich; es kann sie also der dritte Besitzer der Pfandsache oder der Verpfänder, der nicht Schuldner ist, nicht entgegenhalten, wenn er mit der actio hypothecaria belangt wird.

§ 13. Wichtiger dagegen sind die rei cohaerentes:

Die Exceptionen mit relativem Charakter stehen nicht nur dem Hauptschuldner zu, sondern auch den Personen, an deren Befreiung ersterer ein Interesse hat. So z. B. können sie von dem Bürgen verwendet werden, der ein Regreßrecht an den Hauptschuldner hat, und selbst der spätere Erwerber der Pfandsache, der im Falle der Eviction Schadenersatz fordern kann, kann diese Exceptio mit Erfolg benutzen.

Die umfangreichste und für uns wichtigste Klasse bilden die Exceptionen mit absolutem Charakter. Sie können von jedem, demgegenüber die Forderung zur Sprache kommt, benutzt werden [13]) und sind diejenigen, welche die stärkste Wirkung haben, denn das Pfandrecht, das für eine Forderung bestellt ist, dem eine absolute Exceptio entgegensteht, ist wirkungslos. So lassen die exceptiones legis Cinciae, S. Ct. Vellejani, quod metus causa, nach richtiger

[12]) Dies sagt l. 7 pr. D. de except. 44, 1: exceptiones, quae personae cuiusque cohaerent non transeunt ad alios.

l. 24. pr. D. de re judicata 42, 1.

[13]) l. 32 D. de fidejuss 46, 1: ex persona rei et quidem invito reo exceptio et cetera rei commoda fidejussori ceterisque accessionibus competere potest. l. 19. D. de exc. 44, 1.

Ansicht der neueren Pandektisten auch die exceptio rei judicatae — nicht einmal eine naturalis obligatio bestehen. Justinian erließ sogar die Verordnung, daß selbst ein Dritter die Gegeneinrede geltend machen könne, gleichviel ob dies der Schuldner thue oder nicht; [14]) die Replik, daß der Hauptschuldner sich der Einrede nicht bedient habe, kann dem Dritten bei seiner Einrede nicht entgegengehalten werden.

Es steht also abgesehen von den beiden Fällen, wo die exceptio eine rein persönliche ist, oder wo der Dritte keinen Rückgriff gegen den Schuldner hat, die Einrede, die der Forderung entgegensteht, auch jedem Anspruch, der sich auf das Pfandrecht begründet, entgegen; der Verpfänder hat daher die actio pignoraticia auf Rückgabe der Pfandsache, die rei vindicatio oder die actio Publiciana.

Tritt hier der Fall ein, daß eine Verpfändung wissentlich geschieht für eine Forderung, der eine Einrede entgegensteht, so ist ebenso wie in dem Falle zu entscheiden, wo für eine wissentlich nicht existirende Forderung ein Pfandrecht bestellt ist.

§ 14. Wie steht es nun mit der Giltigkeit des bestellten Pfandrechts, wenn die Stipulation ob turpem causam für beide Teile nichtig ist? Die bereits geschehene Zahlung kann nicht zurückgefordert werden; [15]) bezieht sich das auch auf das ausgeliehene Pfand? Zwar muß man zugeben, daß in dieser Verpfändung abermals eine Schändlichkeit liege, und daß deshalb das Pfand zur Strafe dem Pfandgläubiger verfallen müsse, also nicht zurückgefordert werden dürfe, aber bei seiner rei vindicatio kann sich der Verpfänder mit Recht auf die Nichtigkeit der Obligation berufen, und hierin liegt nach unserer Ansicht die Entscheidung der Frage. Ohne giltige Forderung kein Pfandrecht. Die aus einer Stipulation, bei der beide Parteien eine Schändlichkeit begehen, hervorgehende Obligation ist nichtig, folglich auch das für eine nichtige Forderung bestellte Pfandrecht; folglich kann der Verpfänder, trotz der Schändlichkeit, die er beging, das

[14]) l. 15 C. de non num pec. 4, 30.

[15]) Sie et dantis et accipientis turpis causa sit, possessorem potiorem esse et ideo repetitionem cessare l. 3. l. 4 § 3 l. 8. D. de condict. ob turp. caus 12, 5.

Pfand zurückfordern. Und diese Ansicht ist auch in den Quellen indirekt anerkannt. In l. 5 D. de condictione sine causa 12, 7 behandelt Papinian den Fall, wo zum scheinbaren Abschluß einer Ehe zwischen Verwandten eine dos gegeben wird. Diese Dos kann zurückgefordert werden, weil eben nicht die Schändlichkeit einer solchen Absicht, sondern nur die Unmöglichkeit einer solchen Ehe für das richtige Urteil maßgebend ist. Dieser Grundsatz muß auch beim Pfande statthaben; sonst könnte ja der Pfandgläubiger sich, obwohl seine Forderung nichtig ist, doch durch den Pfandverkauf eine Zahlung für seine nichtige Forderung erzwingen.

b Es ist für eine Naturalobligation ein Pfandrecht bestellt worden.

§ 15. Zur Bestellung eines Pfandrechts ist, wie wir oben bereits behaupteten, keine klagbare Obligation erforderlich, sondern es genügt auch eine klaglose — eine naturalis obligatio.[16]) Dies besagen deutlich die Quellenstellen l. 5 pr. D. de pign. 20, 1: z. B. heißt es: res hypothecae dari posse scindum est pro quacunque obligatione . . . . vel pro civili, vel honoraria, vel tantum naturali.

Hiermit ist der Fortbestand einer naturalis obligatio für das Pfandrecht als genügend anerkannt.[17]) Und in der That kann auch das Pfandrecht hier seinen Zweck, nämlich die Sicherung der Solutio debiti, resp. Ersatz für den Fall, daß keine Solutio stattfindet, vollkommen erfüllen. Dennoch hat man das für die naturalis obligatio bestellte Pfandrecht nicht als vollgiltig anerkennen wollen; es ist die Frage aufgeworfen worden, ob ein solches auch eine actio erzeuge, wie das für eine obligatio civilis bestellte, oder ob es nicht vielmehr nur ein Retentionsrecht sei. Hier stehen sich zwei Meinungen schroff gegenüber. Die Vertreter der einen Meinung behaupten energisch, daß auch hier das Pfandrecht eine actio erzeuge, während es die Gegenpartei ebenso energisch leugnet und dem Pfandrecht nur den Charakter eines Retentionsrechtes gibt.

---

[16]) Die Civilobligationen und Naturalobligationen stehen sich in Bezug auf causa und materiellen Inhalt vollkommen gleich; der Unterschied der letztern von der erstern ist, daß sie keine actio erzeugt und nicht zur Condemnation führt.

[17]) l. 101. D. de solut. 46, 3.

Der letztere Standpunkt wird vor allem von Weber [18]) und Glück [19]) vertreten. Für ihre Ansicht bringen sie folgende Argumente vor:

1) Das Accessorium könne nicht größer sein, als das Prinzipale,

2) Die Quellenstelle l. 101 D. de solut. 46, 3.

Was den ersten Punkt betrifft, so beruht er offenbar auf einer Verwechselung von „Teil" und „Accession". Allerdings kann ein Teil nicht größer sein, als sein Ganzes, doch das Pfandrecht ist kein Teil der Forderung; es dient dazu, dieselbe zu schützen, zu sichern und muß gewissermaßen, wenn es diesen Zweck erreichen will, stärker sein, als die Forderung. Was die von Weber angeführte Quellenstelle betrifft, l. 101 D. de solut. 46, 3 so besagt sie nur, daß ein Pfand für eine naturalis obligatio distrahirt und retinirt werden kann, jedoch ist nicht davon die Rede, daß die actio fehle. Dagegen läßt sich für die Ansicht, daß das für eine naturalis obligatio bestellte Pfandrecht vollwirksam sei, die Analogie des Konstitutum und der Bürgschaft anführen. Ferner besagen die Quellen ausdrücklich, wie wir oben zeigten, daß für eine naturalis obligatio ein Pfandrecht giltig bestellt werden kann und es findet sich kein Wort davon, daß eine Klage fehlt; so daß durchaus kein Grund vorliegt, dieselbe zu leugnen.

2) Die Forderung, für die ein Pfandrecht bestellt ist, ist bedingt, befristet oder zukünftig.

§ 16. Ist eine Forderung bedingt, so ist es auch das für dieselbe obwohl unbedingt bestellte Pfandrecht; d. h. bevor die Schuld, die versichert werden soll, nicht zur Existenz gekommen ist, kann auch kein Pfandrecht existiren, da es ja, während die Obligation noch schwebt, fraglich ist, ob überhaupt die Forderung jemals zu stande kommt. Mithin hängt die Wirksamkeit des Pfandrechts notwendigerweise von dem Eintritt der Bedingung ab.

Infolge dessen kann, da das Recht bedingt ist, aus ihm nicht geklagt werden. Ferner, wenn der Gläubiger klagt und ab-

[18]) Weber: a. a. O. § 107 S. 416, 417.

[19]) Glück: XIV. S. 43.

gewiesen wird, so bringt ihm dies keinen Nachteil, weil ein nicht vorhandenes Recht nicht in judicium deducirt werden kann und wenn er nach Eintritt der Bedingung wieder klagt, so kann ihm die exceptio rei judicatae nicht entgegengesetzt werden. In dem Fall des Eintritts der Bedingung der Hauptschuld wird die Wirkung des Pfandrechts auf die Zeit, wo die Hauptschuld contrahirt wurde, zurückdatirt.

§ 17. Ist die Forderung zukünftig in dem Sinne, daß zu derselben nicht einmal der Grund gelegt ist, so kann für sie eine giltige Verpfändung stattfinden; aber erst mit dem Entstehen der Forderung kann auch das Pfandrecht entstehen. Diese Behauptung ist nun durchaus nicht unbestritten; es stellt vielmehr eine andere Meinung, welche hauptsächlich von Dernburg [22]) und Fitting [23]) vorgetragen wird, den Satz auf, daß ein Pfandrecht, gleichgiltig ob bereits ein fester obligatorischer Nexus existirte oder nicht — ganz gut vor der Forderung giltig bestellt werden könne. — Vergleicht man mit diesem Satze die Bemerkung, die Dernburg in seinen Pandekten §. 69. S. 526 in der Abhandlung über die Möglichkeit des Pfandrechts vor Entstehung der Pfandschuld am Ende macht: „natürlich existirt ein solches Pfandrecht nur für den Fall künftigen Entstehens der Pfandschuld. Das Verhältnis ist in pendenti, gerade wie dies Javolenus für die Bürgschaft ausspricht," so scheint mir dies eine Zurücknahme der obigen Behauptung zu sein. Dernburg meint offenbar, daß der Pfandrechtsbegriff die Existenz einer Forderung überhaupt zu seinem Entstehen nicht voraussetze. Ebenso ist von Schott [25]) behauptet worden, daß das Pfandrecht vor der Forderung entstehen könne, in dem er von dem Standpunkt ausgeht, daß der Zweck der Obligation schon vor derselben bestehe.

Gegen diese Ansicht ist zu sagen: „Das Pfandrecht ist ein accessorisches Recht, und wenn vor Entstehen der Forderung ein Pfandrecht bestellt wird, so muß als stillschweigende Bedingung der Giltigkeit desselben die angesehen werden, daß eine obligatio

[22]) Dernburg: a. a. O. § 69 S. 52 o.
[23]) Fitting: a. a. O. S. 40—42.
[25]) Schott: a. a. O. S. 1.

entsteht. Ginge dagegen der Wille der Parteien darauf, daß ganz unabhängig von der Forderung das Pfandrecht giltig bestehen solle, so wäre dieser Wille rechtswidrig, „da ein Recht erst entstehen kann, wenn alle zu demselben gehörige Erfordernisse vereinigt vorhanden sind. [26])

Für unsere der Dernburg'schen entgegengesetzte Ansicht findet sich übrigens eine klare Quellenstelle, nämlich l. 11 pr. D. qui potior. (20, 4).

Potior est in pignore, qui prius credidit pecuniam et accepit hypothecam, quamvis cum aliis ante convenerat, ut, si ab eo pecuniam acceperit sit res obligata, licet ab hoc postea accepit.

3. Die Forderung, für die das Pfandrecht bestellt ist, ändert sich.

§ 18. Verändert sich die Forderung, für die ein Pfandrecht bestellt ist, so folgt ihr das Pfandrecht in ihre neue Gestalt. Ist z. B. für eine Leistung ein Pfandrecht bestellt worden, und haftet der Schuldner wegen Nichtleistens infolge Culpa oder Mora auf das Interesse, so haftet das Pfand nunmehr auch für die Leistung des Interesses. Vergrößert sich die Forderung, so hängt es in erster Linie von dem Willen desjenigen, der das Pfand bestellt hat, ab, ob das Pfand dem Gläubiger nur für die Hauptschuld Sicherheit bieten soll, oder ob das Pfandobjekt auch für die Nebenforderungen haften soll. So kann das Pfandrecht auf das Kapital beschränkt, oder es kann ein bestimmtes Maximum festgesetzt werden, bis zu dessen Höhe das Pfand haften soll; oder der Schuldner kann es auf die Accessorien erweitern, selbst ein Pfand nur für diese letzteren allein zu bestellen, ist möglich. Doch für uns kommt hauptsächlich der Fall in Betracht, wenn bei Bestellung des Pfandrechts nichts gesagt ist über die Frage, wie weit sich das Pfandrecht erstrecken soll, ob nur auf das Kapital oder auch auf die Zinsen ꝛc. Hier haben wir zwei Meinungen; die eine behauptet, das Pfandrecht erstreckt sich nur auf die Hauptschuld; ebenso energisch behauptet die andere Richtung, daß im Falle, wo keine besondere Abmachung getroffen ist, das Pfandrecht sich auch auf die durch die Hauptschuld entstehenden Nebenforderungen bezieht. Nach unserer Ansicht

[26]) Huschke: Zeitschr. f. Civilrecht und Prozeß S. 153.

ist zu unterscheiden, ob die einzelnen accessorischen Verpflichtungen wirklich juristische Bestandteile der Hauptschuld sind, oder nicht. Auf erstere erstreckt sich das Pfandrecht, auf letztere nicht. Die hier in Betracht zu ziehenden Quellenstellen sind folgende: l. 8 § 5. D. de pign. act. 13, 7: cum pignus ex pactione venire potest, non solum ob sortem non solutam venire poterit, sed ob cetera quoque — veluti usuras, et quae in id impensa sunt.

Zu solchen Erweiterungen der Schuld gehören Berücksichtigung des Ortsinteresses, Verzugs- und gesetzliche Zinsen, Auslagen auf das Pfand und Kosten des Pfandverkaufs und die Prozeßkosten. Ob die Verwendungen „zur materiellen Aufbesserung des Pfandobjekts oder zur Aufbesserung der juristischen Lage“ [27]) desselben gemacht sind, bedeutet gleichviel, ebenso wird nicht unterschieden zwischen notwendigen und nützlichen Auslagen, vorausgesetzt, daß letztere im wirklichen Interesse des Schuldners liegen. [28])

§ 19. Anders als mit den oben angeführten Accessorien verhält es sich mit den vertragsmäßigen Zinsen. Auf sie erstreckt sich das Pfand nicht, es sei denn, daß der Wille des Schuldners bei der Verpfändung auf das Gegenteil gerichtet war. Dies ist anzunehmen, wenn schon vor oder bei der Verpfändung Zinsen versprochen werden. Der Grund für diese Behandlung der vertragsmäßigen Zinsen ist folgender: „Sie bilden nicht eine Einheit mit der Hauptschuld, sind nicht deren Bestandteile, sondern stehen auf eigener Basis, wenn auch ihr Fälligwerden abhängig ist vom Stehenbleiben der Hauptschuld. Daher existirt ihretwegen eine eigene Klage, sie können im Gegensatz zu den Verzugszinsen noch nachgefordert werden, wenn die Hauptsache bereits abgeurteilt ist“ [29])

§. 20. Vermindert sich umgekehrt die Forderung, so bleibt das Pfand für den Rest derselben ganz bestehen. Hieraus folgt, daß

1) wenn die Schuld nur zum Teil bezahlt ist, das ganze Pfand für den Rest unverkürzt weiter haftet, [30]) und erst, wenn

[27]) Dernburg: a. a. O. § 75 S. 551.
[28]) l. 6 C. de pign. 8, 13.
[29]) Dernburg: a. a. O. § 76 S. 555.
[30]) l. 6 C. de dist. pign. 8, 27.
l. 85 § 6 D. de V. O. 45, 1.

die Schuld in jeder Hinsicht und völlig getilgt ist, frei wird. Ferner haften, wenn ein Gläubiger mit anderen seinen Schuldner beerbt, falls durch die Beerbung nur eine teilweise Löschung der Schuld geschehen ist, wenn mehrere Pfänder bestellt sind, alle weiter, bis zur völligen Tilgung der Schuld. [31])

2) Stirbt der Gläubiger und hinterläßt mehrere Erben, so haftet das ganze Pfand für jeden Anteil in solidum. [32])

Stirbt der Schuldner mit Hinterlassung mehrerer Erben, so wird das Pfand erst dann frei, wenn alle Schuldner bezahlt haben. [33]) Analog der Haftung des Pfandes bei Veränderung der Forderung, ist die Haftung desselben, wenn es sich selbst verändert. Vermindert sich die Pfandsache, so hat dies auch auf das Pfandrecht Einfluß.

### 4) Die Pfandsache verändert sich.

§ 21. Zerfällt die Pfandsache in mehrere Teile, so bleibt jeder Teil für die ganze Forderung verhaftet, und endlich ist, wenn eine Erweiterung des Pfandgegenstandes eintritt, auch diese mit für die Forderung verpfändet, [34]) z. B. das auf dem verpfändeten Grundstücke erbaute Gebäude, oder die Alluvio, oder eine erworbene Prädialservitut etc.

### 5. Es kommt eine andere Obligation zustande.

§ 22. Kommt eine andere Obligation als die von den Parteien zunächst gewollte, zustande, so haftet das bestellte Pfand auch für diese. Ist z. B. zwischen den Parteien ein Kaufgeschäft abgeschlossen worden, und es stellt sich nachher heraus, daß das Kaufobjekt extra commercium war, und der Käufer hiervon nichts

---

[31]) l. 19. D. de pign 20, 1: qui pignori plures res accepit, non cogitur, unam liberare nisi accepto universo, quantum debetur.

[32]) l. 1. si unus ex pluribus 8, 31.
l. 25, l. 14, l. 29 de fam. erc. 10. 2.

[33]) l. 8. § 2. D. de pign. act

[34]) Auch hier müssen, wie bei der Vermehrung der Forderung, solche Vermehrungen der Pfandsache ausgeschieden werden, die als selbständige Sachen zu behandeln sind; z. B. insula in flumine nata und alveus relictus. Sie sind nicht mitverpfändet. Bezüglich der Mithaftung der Früchte einer verpfändeten Sache besteht eine große Streitfrage, deren Erörterung mich zu weit von meinem Thema abbringen würde.

wußte, so haftet für die dem Käufer der res extra commercium zustehende Entschädigung das Pfand, weil es eben alle Verbindlichkeiten, die aus dem betreffenden Geschäfte entspringen, sichern soll.

### 6. Die Forderung, für die das Pfandrecht bestellt ist, geht unter.

§ 23. Wie das Pfandrecht ohne Forderung nicht entstehen kann, so ist auch sein Bestehen ohne dieselbe unmöglich.[35]) Ist daher die obligatio principalis völlig untergegangen, so geht mit den Wegfall seiner Existenzbedingung auch das Pfandrecht unter. Gleichgiltig ist es, ob die Forderung ispo jure oder ope exceptionis untergegangen ist.

## II. Durchbrechung des access. Charakters.

### II. 1. Das Pfandrecht besteht fort, obwohl die Forderung untergegangen ist.

§ 24. Von dieser Regel bestehen jedoch wichtige Ausnahmen, und ich komme hiermit zu den Durchbrechungen des accessorischen Charakters im römischen Recht. Ein einheitliches Prinzip aus den Quellen hierfür herzuleiten, ist bisher nicht gelungen und wird auch wohl kaum gelingen. Wir müssen uns mit der Thatsache begnügen.

1. Die Forderung ist
   a. durch Verjährung,
   b. durch Confusion untergegangen.

§ 25. Das römische Recht erkennt die Möglichkeit an, daß das Pfandrecht nach Untergang der Forderung durch Verjährung oder Confusion ohne jede Forderung fortbestehe; es sucht sich freilich die Sache theoretisch dadurch zurecht zu legen, daß es den Fortbestand einer naturalis obligatio hierfür annimmt: remanet propter pignus naturalis obligatio.[36]) Es besteht aber in Wirklichkeit keine naturalis obligatio, sonst müßte es doch heißen: remanet propter naturalem obligationem pignus. Der Ausdruck remanet u. s. w. deutet nur daraufhin, daß der Gläubiger beim

[35]) l. 4 D. de sol. 46, 3.
[36]) l. 59, pr. D. 36, 1.

Verkauf des Pfandes nicht mehr behalten darf, als die Forderung betrug. Das Forderungsrecht an sich ist erloschen, das Pfandrecht besteht fort ohne Forderung.

In Anlehnung hieran ist die große Streitfrage zu erörtern, ob nach Ablauf der Verjährungszeit noch eine naturalis obligatio als Rest der früheren Obligation übrig bleibe oder ob die alte Obligation spurlos untergehe. Dieselbe ist von fundamentaler Bedeutung für unsere Arbeit und muß daher näher besprochen werden. v. Löhr und Guyet haben im Archiv für civilistische Praxis ihre Ansichten zu begründen gesucht, und zwar hat v. Löhr sich für die absolute Aufhebung der Obligationen durch Verjährung (stärkere Wirkung sog. absolute Theorie) Guyet hingegen für das Uebrigbleiben einer naturalis obligatio ausgesprochen (schwächere Wirkung, sog. relative Theorie). Die Vertreter der relativen Theorie berufen sich auf folgende beiden Quellenstellen: c. 2 C. 8. 31. de luitione pignoris von Kaiser Goodian: Intelligere debes, vincula pignoris durare personali actione submota und c. 7. § 1. Cod. de praescr. XXX. vel. XL. annorum von Kaiser Justin: Quam ob rem inbemus hypothecarium successionem . . non ultra quadraginta annos prorogari.

Die Pfandklage dauert also nach Verjährung der actio personalis noch fort und zwar vor Justin als actio perpetua, seit Justin noch 10 Jahre lang. Daraus folgerten die Vertreter der relativen Theorie das Fortbestehen einer naturalis obligatio nach verjährter Hauptschuld, da die Bestimmung Justins sonst überhaupt keinen Sinn hatte.

Vergeblich haben sich die Anhänger der stärkeren Wirkung von Cujaz an bemüht, die Schwierigkeiten, die ihnen das Rescript Goodians bereitete, aus dem Wege zu schaffen, teils durch Interpretationen, teils durch Conjecturen der willkürlichsten Art.

Cujaz hat in seinen observationes [37]) die Verordnung Kaiser Goodians auf den Fall bezogen, welcher in der vorhergehenden C. 1. Cod. hoc. tit. erwähnt wird.

In dieser const. heißt es: Qui pro parte heres exstitit, nisi totum debitum exsolvat, suam portionem ex pignoribus recipere non potest. Goodians Bestimmung besage also nur, daß die Pfandklage

[37]) Cujacius, Obs. V. 32. ll. — Ihm folgen Mühlenbruch, v. Löhr u. andere.

fortdauere, wenn auch die persönliche Klage gegen den Erblasser fortgefallen sei, und zwar stehe die actio hypothecaria dem Berechtigten auch gegen den heres pro parte zu.

Eine sehr einfache Conjectur versuchte Hugo Donellus.[38]) Er behauptete, im Rescripte Goodians sei statt durare „non durare" zu lesen. Dagegen ist einzuwenden, daß ein solches Auskunftsmittel höchst willkürlich ist. Es steht übrigens in direktem Widerspruch mit den Basiliken[39]), außerdem sagt die const. 7. cit. Justins das gerade Gegenteil aus, so daß dieser Beweis uns nun nichts weiter bringt.

Unrichtig ist fernerhin die Erklärung Löhrs[40]), welcher in Anlehnung an die Stelle eine von Anfang an bestehende naturalis obligatio annimmt. Gegen ihn sprechen schon allein die Worte: actione submota.

Unrichtig ist auch der Beweis Büchels. Büchel[40a]) geht zur Erklärung der Fortdauer des Pfandrechts auf das prätorische Edikt zurück. Er sagt auf S. 55: „der Prätor hatte nämlich in seinem Edikte die dingliche Pfandklage davon abhängig gemacht, daß die Forderung noch nicht durch Zahlung getilgt oder der Gläubiger auf andere Art zufrieden gestellt worden sei, was jedoch auch in dem Falle angenommen würde, wo es mit dem Willen des Gläubigers nicht zu seiner Befriedigung gekommen war, wie dies in den Quellenstellen wiederholt ausgesprochen wird.[41]) Demnach müßte die Pfandklage überall da, wo ohne Befriedigung des Gläubigers die Erlöschung der Forderung durch einen außer dem Willen des Gläubigers, also in rechtlicher Notwendigkeit liegenden Umstand herbeigeführt wurde, fortbestehen."

Dieser Argumentation Büchels liegt der richtige Gedanke zu Grunde, daß das Pfandrecht nicht in strengem Sinne accessorischer Natur sei. Er spricht dies auch selbst aus; aber seine Begründungen hierfür, die den römischen Juristen entnommen sind, sind nicht haltbar. Die von Prätor aufgestellte Formula der

[38]) Donellus, commentarii de jure civ. XXII. c. 2 § 8.
[39]) Anmerkung in der Kriegelausgabe.
[40]) Löhr: a. a. O. S. 83.
[40a]) Büchel: a. a. O. S 46—61.
[41]) Der Verfasser stützt sich auf die C. 3, C. 8, 31 und c. 19, C. 4, 32.

actio hypothecaria forderte zum Siege des Gläubigers: eam pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse. Es war dieses die formelle Handhabe, vermittelst derer die römischen Juristen die Abweichung von der accessorischen Natur des Pfandrechts einführten.

Denn es ist nicht richtig, daß das Pfandrecht stets bis zur Befriedigung des Gläubigers dauere; so erlischt es z. B. mit dem Untergang der verpfändeten Sache und hierin liegt doch sicher keine Befriedigung des Gläubigers.

Einen Fall, in dem das Pfandrecht auch nach völligem Untergang der Forderung fortdauert, finden wir bei Paulus; l. 59 D. 36, 1 wird der Pfandgläubiger von seinem Schuldner zum Erben eingesetzt, ihm aber auferlegt, die Erbschaft an die Tochter des Erblassers als Universal-Fideicommiß zu restituiren. Hier ist trotz Untergang der Forderung durch Confusion das Pfandrecht nicht weggefallen.

In l. 38. § 5 D. 46, 3 berichtet Afrikan von einem Falle, wo der Bürge des Schuldners, der dem Gläubiger für seine Bürgschaftsschuld ein Pfand bestellt hat, vom Hauptschuldner beerbt wird. Obwohl auch hier die Bürgschaft durch Confusion völlig untergeht, bleibt doch das Pfandrecht selbständig weiter bestehen.

Die Hauptschwierigkeit des Beweises für oder gegen die eine Theorie liegt darin, daß die Quellen nirgendwo ausdrücklich aussagen, ob nach verjährter Hauptklage eine naturalis obligatio übrig bleibt oder nicht. Dennoch kann man auf indirektem Wege nachweisen, daß die Quellen nicht das Uebrigbleiben einer naturalis obligatio annehmen.

In den verschiedensten Quellenstellen wird diejenige obligatio, welcher eine exceptio perpetua gegenübersteht, eine obligatio inanis [42]) und quasinulla [43]) genannt. Sie eignet sich nicht zur wichtigsten Funktion, die der naturalis obligatio innewohnt, nämlich zur Compensation. [44])

---

[42]) l. 95 § 2 D. de solut. et liberat. 46, 3 l. 8 D. de pec. const. 13, 5.

[43]) l. 25 D. de V. O. 45, 1.

[44]) l. 14 D. 16, 2 sagt: Quaequinque per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniunt.

Alles dasjenige, was nach dem Ablaufen der Verjährungszeit irrtümlich gezahlt wird, kann als indebitum condizirt werden.

Ob eine verjährte Forderung sich zur Novation eigne, darüber schweigen die Quellen. Wir haben keinen Grund dies anzunehmen.

Mit der verjährten Forderung kann also nicht kompensirt werden; irrtümlich Gezahltes kann als in debitum kondizirt werden; ferner die für die verjährte Forderung bestellte Hypothek, das Constitutum und die Bürgschaft sind nichtig. Wir haben also Grund genug anzunehmen, daß die römischen Juristen das Uebrigbleiben einer naturalis obligatio nicht annahmen.

Mithin haben wir in den Fällen, wo die Forderung, für die ein Pfand bestellt ist, durch Verjährung oder Confusion untergegangen ist, eine offenbare Durchbrechung des accessorischen Charakters des Pfandrechts.

### 2) Die hypothekarische Succession.

§ 26. Findet in die Forderung eine Succession statt, sei es eine singuläre oder universelle, so geht mit der Forderung, aber auch nur mit ihr auch das Pfandrecht auf den neuen Gläubiger über[44a]) Eine Abweichung von diesem Prinzip findet sich in den Fällen der sog. hypothekarischen Succession.

In diesen Fällen liegt nach Baron vor:[45]) „die ausnahmsweise Uebertragung eines Pfandrechts von einer Forderung auf eine andere; sie findet nur statt, wenn das übertragene Pfandrecht die Priorität vor einem andern Pfandrecht genießt.

Die einzelnen Fälle sind folgende:

1) Wird durch Novation an die Stelle einer Forderung, für die eine mit mehreren Pfändern belastete Sache als Pfand bestellt ist, eine andere gesetzt, so kann zwischen den Vertragschließenden ausgemacht werden, daß das für die alte Forderung bestellte vorstehende Pfand bis zu dessen Höhe auf die neue

[44a]) Hier sind zwei Fälle zu vermerken: 1. der Bürge wird von dem Pfandgläubiger belangt. — l. 2. 11. 14. 21 C. de fidei. 8, 40 — 2) Der Pfandgläubiger verlangt die Herausgabe der Pfandsache von dem rechtmäßigen Besitzer derselben. — l. 19 D. qui pot. 20, 4.

[45]) Baron: a. a. O. § 193.

Forderung übertragen werden soll[46]), wenn der Eigentümer der Pfandsache mitgewirkt oder zustimmt.

Praktisch hat dies den Wert, daß ein Gläubiger durch die Novation der Forderung seine Priorität vor den nachstehenden Gläubigern nicht verlieren soll.

2. Wenn jemand Geld gibt, damit der vorstehende Pfandgläubiger befriedigt wird und sich hierfür ein Pfandrecht an der Pfandsache bestellen läßt, so rückt er nach dessen Befriedigung in dessen Pfandrecht ein.

[47]) Ebenso verhält es sich, wenn jemand ein Pfand kauft und mit dem Gelde ein vorstehender Pfandgläubiger befriedigt wird.

3. Wenn einem nachstehenden Pfandgläubiger noch ein anderes Objekt verpfändet ist, und dieses wird mit seinem Willen zur Befriedigung des vorstehenden Gläubigers verkauft, so rückt der nachstehende Pfandgläubiger in dessen Pfandrecht ein. [48])

4. Dem nachstehenden Pfandgläubiger ist es erlaubt, das Pfandrecht des vorstehenden durch Ausbezahlung desselben an sich zu bringen, sog. jus. offerendi. Es genügt sogar, falls der vorstehende Gläubiger die Annahme des Betrags verweigert, gerichtliche Hinterlegung desselben. Ob ein gleiches Recht dem vorstehenden Gläubiger gegenüber dem nachstehenden zusteht, ist bestritten und nach richtiger Ansicht zu bejahen.

Ist der vorstehende Pfandgläubiger bei Lebzeiten des Schuldners 40, resp. nach dessen Tode 30 Jahre im Besitz des Pfandes, so geht das jus offerendi unter.

Für die Fälle 2—4 ist lediglich der Gedanke maßgebend, daß derjenige, der Geld zur Befriedigung eines vorstehenden Gläubigers gibt, dessen Priorität vor dem nachstehenden erwerben soll.

Ob in diesen Fällen wirklich eine Uebertragung des Pfand-

---

[46]) l. 11. § 1 D. de pign. a. 13, 7.
l. 3 pr. l. 12 § 5 l. 21 pr. D. qui pot. 20, 4.

[47]) l. 12 § 8. D. qui pot. 20, 4.
l. 3 D. quae res pign. 20, 3
l. 1 C. de his qui in prior. cred, 8, 18.

[48]) l. 12 § 9 D. qui pot. 20, 4.

rechts von einer Forderung auf eine andere stattfindet, daran hat sich eine ebenso große wie interessante Streitfrage angeschlossen. Es haben sich nämlich neben der oben hauptsächlich von Windscheid [49]) und Baron [50]) vertretenen Ansicht zwei abweichende Meinungen über die juristische Natur der hypothekarischen Succession gebildet.

1. Die herrschende Meinung, die von Mühlenbruch, [51]) Puchta [52]) und Schmid vertreten wird, erkennt die oben aufgestellte Behauptung des Uebergangs des Pfandrechts von einer Forderung auf eine andere nicht an, sondern behauptet, daß das Pfandrecht mit und auf Grund der Forderung übergehe.

2. Eine zweite Ansicht wird hauptsächlich von Dernburg verfochten. Er behauptet: Weder das Pfandrecht noch die Forderung geht auf den neuen Gläubiger über, sondern beide gehen unter. Es entsteht vielmehr in der Person des sog. Successors ein neues Pfandrecht, welches aber durch gesetzliche Bestimmungen aus Billigkeitsrücksichten Rang und Stellung des weggefallenen hat.

Bevor ich zur Kritik dieser beiden Ansichten übergehe, sei bemerkt, daß die Streitfrage über die hypothekarische Succession eine höchst zweifelhafte ist, da die Quellen in diesem Punkte sehr undeutlich sind. So glaubt auch Windscheid, „daß sich zu einem zweifellosen Resultat kaum werde gelangen lassen."

Für die herrschende Meinung sprechen scheinbar einige Quellenstellen; [54]) aber auch nur scheinbar; denn in Wirklichkeit besagen sie nichts anders, als daß derjenige, der einem Schuldner die Mittel zur Befriedigung seines Gläubigers gibt, dessen Forderungsrecht erwerbe Ferner ist gegen die herrschende Meinung zu sagen, daß sich, wenn die Forderung wirklich überginge, als Consequenz hieraus ergäbe, daß der Successor auch die Forderungs-

[49]) Windscheid: a. a. O. § 233a, S. 805.
[50]) Baron: a. a. O. § 193, S. 332.
[51]) Mühlenbruch; a. a. O. 482—488.
[52]) Puchta: a. a. O. § 213 S. 325—327.
[54]) l. 1 § 11 D. de exerc. act. 14, 1.
l. 2 D. de cess. bon. 42, 3.
l. 24 § 3 D. de reb. auct. jud. 42, 5.
l. 10 § 1 D. quae in fr. cred. 42, 8.

klage und alle andern für die Forderung bestellten Pfandrechte erwürbe, wofür wir jedoch keinerlei Anhaltspunkte in den Quellen haben. Auf den ersten Fall der Novation paßt diese Ansicht überhaupt nicht, so daß außer Puchta alle diesen Fall ausschließen.

Gegen Dernburgs Auffassung sprechen zunächst einige Quellenstellen, nämlich l. 3. D. 20, 3. In dieser heißt es: . . . . Denique si antiquior creditor de pignore vendendo cum debitore pactum interposuit, posterior autem creditor de distrahendo omisit, non per oblivionem sed cum hoc ageretur, ne posset vendere, videamus: an dici possit, huc usque transire ad eum jus prioris, ut distrahere pignus huic liceat? Quod ad mittendum existimo, saepe enim, quod quis ex sua persona non habet, hoc per extraneum habere potest.

In diesem Vertrage soll der antiquior creditor von dem posterior creditor durch eine Summe abgefunden werden. Dafür tritt letzterer in die Stelle des ersteren ein. Nun fragt sich, wie kommt es, daß der posterior creditor, wenn keine Succession in das Pfandrecht des antiquior creditor stattfindet, das Recht hat, die Sache zu verkaufen. Ueber diese Schwierigkeit hilft sich Dernburg mit einer sehr gekünstelten Interpretation [55]) hinweg und nimmt an, daß die Stelle „non per oblivionem . . . vendere interpolirt sei. [56]) Ferner spricht gegen seine Ansicht die l. 7 § 6 D. 27, 9, an deren Schluß es heißt . . . . ut jus prioris creditoris ad sequentem transeat. Wie kann von einem transire eines Rechtes die Rede sein, wenn dasselbe ganz neu entsteht!

Wenn endlich die Ausdrücke der Quellen loco succedere in locum succedere, in jus succedere zwar nicht direkt Beweismaterial gegen Dernburgs Behauptung liefern, indem immerhin die Möglichkeit vorliegt, daß sie nur andeuten wollen, daß die rechtliche Stellung des Nachfolgers die gleiche ist wie die des Vorgängers, so lassen sie seine Ansicht doch zum mindesten als zweifelhaft erscheinen.

### III. Das Pfandrecht an eigener Sache.

§ 27. Neben dem Pfandrecht an fremder Sache kennt das römische Recht auch ein sog. Pfandrecht an eigener Sache.

---

[55]) Arch. f. civ. Praxis. Band 41 S. 23—24.

[56]) Pfandrecht II. S. 510.

Gleichwohl stehen wir an, diesem Institut den Namen „Pfandrecht" zu geben, da mit ihm der römische Pfandrechtsbegriff als „das einem Gläubiger behufs Sicherung seiner Forderung an einer fremden Sache zustehende dingliche Recht, bestehend in der Befugniß sie zu besitzen und zu verkaufen, um sich aus dem Erlöse für seine Forderung selbst zu befriedigen," absolut nicht in Einklang zu bringen ist. Durch die Quellen, die dessen ungeachtet auch hier von pignus und actio hypothecaria reden, dürfen wir uns nicht irre führen lassen. Vielmehr haben wir hier „ein mit dem Pfandrecht zwar verwandtes aber auch wieder von ihm verschiedenes Recht. Es sind die ersten Ansätze zu einem Institute, das im römischen Recht keine weitere Ausbildung erfahren hat, aber, weiter entwickelt, allerdings das darstellt, was unser Verkehr verlangt und wonach unsere Gesetzgebung ringt." [57])

## Abschluß des römischen Teils.

§ 28. Die accessorische Natur des römischen Pfandrechts, das durch seine Verbindung des persönlichen Forderungsverhältnisses mit dem dinglichen Element nur auf die Stärkung und Förderung des Personalcredits gerichtet war, mußte natürlich bei den in unserer Zeit mächtig hervortretenden Bedürfnissen der Landwirtschaft, gerade den Realcredit zu sichern und zu heben, erhebliche Modificationen erleiden. Das römische Pfandrecht war eben nur auf römische Verhältnisse zugeschnitten und paßte nicht für deutsche. Der Betrachtung der modernen Hypothek möge noch eine gedrängte Darstellung des Auftretens des accessorischen Elements in der Entwickelung der deutschen Hypothek zur Einführung in den folgenden Teil voraus geschickt werden.

### I. Das accessorische Element in der Entwickelung der deutschen Hypothek.

§ 29. In der Entwickelung die das deutsche Hypothenrecht durchgemacht hat, lassen sich deutlich drei Stadien unterscheiden. Das erste Stadium ist bezeichnet durch das Vorherrschen der Grundsätze des römischen Pfandrechts, welche seit der Reception

[57]) cf. Bremer: a. a. O. S. 5.

des römischen Rechts in übertriebener Weise in Deutschland Eingang fanden. Daher treten in dieser Periode die deutschrechtlichen Prinzipien der Immobiliarität, der Eintragung in öffentliche Bücher, der Spezialität und der Oeffentlichkeit nur sehr schüchtern auf. Für die zweite Periode ist neben dem Bestreben, an der accessorischen Natur des Pfandrechts festzuhalten, die Durchbildung der obengenannten deutschrechtlichen Grundsätze bezeichnend. Das dritte Stadium endlich vollzieht den Bruch mit der accessorischen Natur und bringt die deutschrechtlichen Grundsätze der Hypothek zur Herrschaft.

II. Die Hypothek ist zum Teil accessorisch geblieben.

§ 30. Wie schon angedeutet wurde, konnte die strenge Durchführung der accessorischen Natur im römischen Pfandrecht, wenn dasselbe wirklich auf deutsche Verhältnisse Anwendung finden sollte, nicht bestehen bleiben. Infolge dessen finden wir thatsächlich zahlreiche Modificationen. Andererseits aber steht vollkommen außer Zweifel, daß auch die heutige Hypothek noch starke accessorische Spuren zeigt und keineswegs diesen Charakter gänzlich abgestreift hat.

1. Zu ihrer Entstehung ist eine causa debendi erforderlich.

§ 31. Auch die moderne deutsche Hypothekgesetzgebung, [58]) die sich einstweilen noch in den Hypotheken-Ordnungen der einzelnen Territorien verkörpert und einer einheitlichen Regelung harrt, hat den römischen Grundsatz anerkannt, daß die Hypothek zu ihrer Entstehung ein Forderungsrechts voraussetzt, dessen Giltigkeit die eigene bedingt. Welcher Art die Obligation ist, ob Vertrags- oder Deliktsobligation ist für die Entstehung der Hypothek vollkommen gleichgiltig und für bedingte, befristete und zukünftige Obligationen gilt dasselbe, wie im römischen Recht. Der Satz res hypothecae dari possunt pro quacunque obligatione ist also

[58]) Eine einheitliche Darstellung des accessorischen Charakters der heutigen Hypothek erscheint deshalb schwierig, weil die einzelnen Länder diese Natur der Hypothek in verschiedenem Maße anerkannt oder beseitigt haben. Die Hypotheken-Ordnungen von Hamburg, Lübeck und Mecklenburg sind in folgendem ausgeschlossen. Dieselben werden selbständig weiter unten behandelt werden.

auch für die moderne deutsche Hypothek anerkannt.*) Materiell sind also die Entstehungsgründe der Hypothek dieselben wie die des römischen Pfandrechts, formell dagegen kennen die neueren Hypotheken-Ordnungen nur einen, nämlich die Eintragung in die öffentlichen Bücher, wodurch die sonstigen stillschweigenden und vertragsmäßigen Hypotheken abgeschafft sind. Durch die Eintragung sind die materiellen Entstehungsgründe des Pfandrechts zu sog. Titeln*) geworden, welche dem Berechtigten einen persönlichen Anspruch geben. Zwar bestimmt die neueste Phase der Hypotheken-Gesetzgebung, daß der Hypothekenrichter weder die Pflicht noch das Recht habe zu prüfen, ob das zu Grunde liegende Rechtsgeschäft seinem Wesen nach nicht gesetzeswidrig ist; andererseits aber darf er keine Hypothek eintragen, wenn er die positive Ueberzeugung von der Rechtswidrigkeit des Geschäftes hat, auf welches hin die Hypothek eingetragen werden soll.*) Deßhalb muß auch, um die Eintragung von Hypotheken für nichtige Forderungen zu vermeiden, dem Gerichte die Schuldurkunde vorgelegt werden.

### 2. Sie muß auf den Namen eines bestimmten Gläubigers eingetragen werden.

§ 32. Die Hypothek muß auf den Namen eines bestimmten Gläubigers eingetragen werden*) und nur der Forderungsgläubiger kann auch Hypothekengläubiger sein. Daher geht mit der Forderung auch die Hypothek über, und umgekehrt kann der Uebergang der Hypothek nicht ohne den der Forderung erfolgen.

---

*) Dagegen kennt die moderne Hypotheken-Gesetzgebung nur eine Hypothek an Grundstücken und solchen andern beweglichen Sachen, welche von dem Gesetze den Immobilien gleichgeachtet werden. Hiervon bestehen nur wenige Ausnahmen.

*) Die gesetzlichen Titel zur Eintragung sind in den einzelnen Ländern verschieden.

*) Hann. Hyp.-Recht § 7. 2. „Doch hat der Richter die Eintragung der Hypothek unter Angabe der Gründe zu verweigern, wenn ihm Thatsachen bekannt sind, wonach die Hypothek ungültig sein würde.

Anders die preuß. Grundbuch-O. § 46: „Mängel des Rechtsgeschäfts . . . berechtigen nicht die beantragte Eintragung oder Löschung zu beanstanden.

*) Preußisches Gesetz über den Eigentumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke vom 5. Mai 1872 § 23. 24.

### 3. Die Einreden.

§ 33. Bereits stark verdunkelt zeigt sich die accessorische Natur der modernen Hypothek bei den Einreden. Ist die Forderung fällig, so kann der Gläubiger gegen den Grundstücks-Eigentümer die actio hypothecaria anstellen. Gegen diese stehen dem Beklagten oder demjenigen, der die Schuld übernommen hat, wenn der Kläger zugleich der ursprüngliche Gläubiger oder dessen Universalsuccessor ist, alle Einreden unbeschränkt zu, die sich aus dem obligatorischen Verhältnisse ergeben; also auch die Einreden, die ihm selbst zwar nicht unmittelbar zustehen, die aber seinem Rechtsvorgänger im Eigentum in dem Falle, daß gegen ihn geklagt worden wäre, zu Gebote gestanden hätten. So weit also deuten die Einreden noch auf die accessorische Natur der Hypothek hin; anders, wenn der Kläger nicht der ursprüngliche Gläubiger oder dessen Universalsuccessor ist.

### Die Sicherungshypothek.

§ 34. Eine besondere Art von Hypothek ist die sog. Sicherungshypothek, welche nicht dem Zwecke des Verkehrs, sondern lediglich der Absicht der Parteien dienen soll, für eine bestehende Forderung Sicherheit zu leisten. Ihrem Zweck entsprechend, obligatorische Verpflichtungen zu gewährleisten, hat sie ihre accessorische Natur am reinsten erhalten. Sie hat zur ausnahmslosen Voraussetzung ihres Entstehens und Bestehens die Existenz einer persönlichen Forderung, die bewiesen werden muß. Der öffentliche Glaube des Grundbuchs, der sich nur dadurch rechtfertigen läßt, „daß die Hypothek nur auf diesem Wege, die im Interesse des Realcredits nöthige Verkehrsfähigkeit erlangen kann",[62]) erstreckt sich natürlich bei der Sicherungshypothek, weil sie nicht in Verkehr kommt, nicht auf die Forderung. Ferner stehen dem Eigentümer alle Einreden zu, die sich gegen die Geltendmachung und den Bestand der Forderung richten.

III. Zum Teil hat sie ihren accessorischen Charakter abgestreift.

[62]) Motive zum Entw. III. S. 619.

### 1. In Bezug auf die Löschung.

§ 35. Hiermit sind wir an der Grenze der accessorischen Natur der modernen Hypothek angelangt. Wie wir gesehen haben, ist zur Entstehung der Hypothek eine causa debendi erforderlich,[64]) ihr Weiterbestehen dagegen ist an eine solche nicht mehr gebunden, sondern sie kann ruhig fortdauern bis sie in formaler Weise gelöscht wird.

Da aber in allen Fällen nur der Schuldner und Eigentümer des Grundstücks die Löschung der Hypothek bewirken kann, so entsteht die Möglichkeit, daß trotz getilgter Schuld die Hypothek formell fortbesteht, wenn deren Löschung nicht beantragt ist. Diesen Umstand hat die Gesetzgebung benutzt, um die nichtgelöschte Hypothek dem Eigentümer an seinem eigenen Grundstück zu überlassen. [65])

### 2. Durch das Princip der „Publicität."

§ 36. Eine wesentliche Schwächung des accessorischen Elements in der modernen deutschen Hypothek liegt in der sog. Oeffentlichkeit des Grundbuchs, d. h. dem Princip, daß dem Inhalt desselben formale Wahrheit inne wohnt und alles, was nicht eingetragen ist, innerhalb des Bereichs des Grundbuchs als nicht vorhanden gilt. Deshalb genießt der Inhalt des Grundbuchs

---

[64]) Eig. Erw. Ges. § 19. 1. Abs. 2.

[65]) Ob in dem Falle, wo Forderung und Eigentum in derselben Hand zusammentreffen, die Forderung nur ruht oder vollständig untergeht, daran hat sich die im Gebiete des preußischen Privatrechts wohl umfangreichste und bedeutenste Streitfrage angeschlossen. Je nachdem man sich für die eine oder andere Ansicht entscheidet, muß man die Eigentümerhypothek als accessorisch oder als Durchbrechung der accessorischen Natur auffassen. Wir möchten uns der ersten Ansicht anschließen und haben hierbei auch das Reichsgericht auf unserer Seite. In einer Reichsgerichtsentscheidung B 7 S. 219 heißt es: „Der Hypothek ist . . . . der Charakter eines accessorischen Rechts bewahrt worden. Dies Moment ist aber von entscheidender Bedeutung für die Beurteilung der Frage, ob im Falle des Zusammentreffens von Hypothekenforderung und Eigentum des Pfandobjekts in derselben Hand . . . . auch die persönliche Schuldforderung, obschon während der Fortdauer der Vereinigung ruhend, nach deren Aufhebung mit aller rechtlichen Wirkung als fortbestehend wiederum in Action tritt. Das preußische Obertribunal hat die Frage bejahend beantwortet und das Reichsgericht schließt sich dieser in langjähriger Praxis geübten Rechtsanschauung des vormaligen höchsten Landgerichtshofes beistimmend an."

die publica fides, selbst dann, wenn die Eintragungen culposer oder doloser Weise erfolgt sind. Infolge der formalen Wahrheit, mit der der Inhalt des Hypothekenbuchs bekleidet ist, kann z. B. dem Beklagten, gegenüber dem Cessionar die Geltendmachung einer Einrede unmöglich gemacht werden, wenn dieselbe nicht eingetragen ist. [66])

### 2a. Die Beschränkung der Einreden.

§ 37. Durch das Oeffentlichkeitsprinzip sind auch die Einreden des Beklagten gegenüber dem Cessionar sehr beschränkt und nur folgende Einreden stehen ihm zu Gebote:

1. Die Einreden, die sich auf eine Eintragung im Hypothekenbuch stützen und in Folge dessen jedem Erwerber der Hypothek entgegengesetzt werden können.

2. Die Einreden, die sich auf Mängel des Forderungsrechts beziehen, wenn sie dem Kläger beim Erwerb seiner Forderung bekannt waren.

3. Einreden, welche sich aus dem speciellen Verhältnis zwischen Cessionar und Eigentümer ergeben. [67])

### 3. Durch das Princip der „Specialität".

§ 38. Die moderne deutsche Hypothek sichert nicht die Forderung nach ihrer Höhe, sondern sie gilt nur für eine bestimmte eingetragene Summe unbekümmert darum, ob die Forderung höher oder niedriger ist. Nur für die eingetragene Summe und

---

[66]) Das bay. Hypothekenrecht erkennt das Oeffentlichkeitsprinzip nur beschränkt an.

[67]) Eigent. Erw. Ges. § 38, 2. „Gegen die Klage aus einer Hypothek können Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältnis einem dritten . . . nur entgegengesetzt werden, wenn sie ihm vorher bekannt geworden sind oder sich aus dem Grundbuch ergeben."

Hat der Cessionar die Hypothek unentgeltlich erworben, so können partikularrechtlich ihm diejenigen Einreden entgegengesetzt werden, die gegen den Vorbesitzer möglich waren. So das Eigent. Erw. Ges. § 38. 2. welches diese Einreden nicht zuläßt, wenn der Cessionar „ein Recht auf die Hypothek gegen Entgeld erworben hat." — Das würt. Pfandg. v. 15. April 1825 § 72, 88. Das bay. Hyp.-Ges. § 24, 4 läßt sie nicht zu, wenn die Hyp. durch lästigen Titel erworben ist.

deren Zinsen haftet das Grundstück. Die Vorschrift einer bestimmten Summenangabe folgt aus dem Princip der Specialität. [67])

IV. 1. Die selbständische mecklenburgische Hypothek.

§ 39. Eine von den Grundsätzen des römischen Pfandrechts unbeeinflußte Entwickelung haben die Hypothekenordnungen von Mecklenburg, Hamburg und Lübeck genommen.

Die mecklenburgische Hypothekenordnung hat das Dogma der Selbständigkeit der Hypothek zuerst aufgestellt. Sie soll, wie sich aus den Worten des Gesetzes ergibt, „durch die Eintragung keine bloßen Sicherheitsrechte für eine persönliche Verhaftung des die Eintragung Beantragenden" bieten, sondern nur das Grundstück verhaften. Deshalb ist die Angabe des Schuldgrundes bei der Eintragung nicht erforderlich. Besteht eine persönliche Forderung, so ist diese nicht etwa Haupt- und die Hypothek Nebenrecht, sondern für die Forderung haftet das übrige Vermögen des Schuldners, und für die Hypothek nur das Grundstück. Ihre folgerichtige Durchbildung erhielt die mecklenburgische Hypothek in „der rev. Hyp.-O. für Landgüter vom 18. Oktober 1848, durch welche die vollkommene Loslösung der Hypothek von der Person des jeweiligen Besitzers vollzogen wurde." Sie bestimmt in § 16:

1. „Durch die Eintragung werden keine bloßen Sicherheitsrechte für eine persönliche Verhaftung des die Eintragung Beantragenden, vielmehr selbständige dingliche Belastungen des Gutes existent."

2. „Der Antrag auf Eintragung ist durch eine solche persönliche Verhaftung nicht notwendig bedingt, vielmehr solcherhalb alles der Vereinbarung der Beteiligten überlassen."

3. „Ein späterer Eigentümer des Gutes ist als solcher für seine Person nicht verhaftet."

Die mecklenburgische Hypothek erkennt also ausdrücklich ihre Unabhängigkeit von einer Forderung an, und erklärt die Eintragungen für unumstößlich. Infolge dessen ist auch die Zahl der zulässigen Einreden beschränkt, indem nur noch anerkannt sind:

---

[68]) Die exceptio excussionis, welche in allen neueren Hypothekenordnungen beseitigt ist, hat mit dem accessorischen Charakter der Hypothek direct nichts zu thun.

1. Die Einreden, die sich aus dem Inhalt des Eintrags im Hypothekenbuch ergeben.

2. Einreden, die sich gegen den Rechtsbestand der Eintragung im Hypothekenbuch richten, z. B. die, daß die Eintragung ohne den Willen des Eigentümers erfolgt sei, oder daß er, der Beklagte zur Eintragung gezwungen oder durch Betrug verleitet worden sei.

3. Die Einreden, die aus Thatsachen entspringen, die nach Entstehung des hypothekarischen Rechts eingetreten sind.

### 2. Die hamburgische und lübeckische Hypothek.

§ 40. Fast die gleiche Entwickelung wie das mecklenburgische Hypothekenwesen hat das Hypothekenrecht in Hamburg und Lübeck durchgemacht;[69]) und so ist auch das Resultat, wie es sich uns in dem hamburgischen Gesetz über Grundeigentum und Hypotheken vom 4. Dezember 1868, resp. für Lübeck in der Hypothekenordnung von 1820 und vom 5. Mai 1880 darstellt, im wesentlichen dasselbe wie in Mecklenburg. Es hat sich eine selbständige Hypothek entwickelt die unabhängig von einer Forderung allein durch die Eintragung zur Entstehung gelangt. Ebenso können die „Grundstücke in den Hypothekenbüchern nur mit festbestimmten in Geldsummen dargestellten Kapitalposten oder dauernden Renten belastet werden." Für die eingetragene Hypothek aber auch nur für diese haftet das ganze Grundstück. Auch das hamburgisch-lübeckische Hypothekenbuch genießt die publica fides, so daß Einreden nur soweit zulässig sind, als das Publicitätsprinzip dies gestattet. Wir haben also hier ein selbständiges Recht, welches in erster Linie das Grundstück ergreift und nur subsidiär den Eigentümer in Anspruch nimmt.

### 3. Die preußische Grundschuld.

§ 41. Aus dem schon oft betonten sich durch die neueren Reformbewegungen auf dem Gebiete des Hypothekenwesens hindurchziehenden Bestreben, die accessorische Natur der Hypothek zu beschränken oder gar vollkommen wegzuräumen, ist in Preußen

[69]) Das Folgende ist den Motiven zum Entwurf III. S. 604 entnommen.

neben der accessorischen Hypothek die sog. Grundschuld hervorgegangen. [70])

Bei der Grundschuld fallen alle die accessorischen Elemente fort, die wir bei der Hypothek noch vorgefunden haben. So ist ihre Entstehung, unabhängig von jedem persönlichen Schuldverhältnis einzig und allein an die Eintragung gebunden. So kann sie der Eigentümer eines Grundstücks von vornherein auf seinen Namen eintragen lassen und durch Blancoabtretung des Grundschuldbriefes, der das Verfügungsrecht über dieselbe in sich verkörpert, übertragen. Ihren Rechtsgrund hat die Grundschuld lediglich in sich selbst und sie verpflichtet keine Person auch nicht den Besitzer. Eine Kautionsgrundschuld kann im Gegensatz zur Hypothek natürlich nicht existiren.

Die Consequenz aus dieser abstrakten Natur wäre nun die, daß gegen dieselbe Einreden aus einem persönlichen Schuldverhältnisse überhaupt nicht zulässig wären.

Daß dies doch der Fall ist, beweist, daß selbst die Grundschuld accessorische Spuren behalten hat. Das Eig.-Erw.-Ges. § 38 bestimmt nämlich: „Gegen die Klage aus einer Grundschuld sind Einreden nur soweit zulässig, als sie dem Beklagten gegen den jedesmaligen Kläger unmittelbar zustehen oder aus dem Grundschuldbrief sich ergeben oder die Thatsachen, auf welche sich dieselben gründen, dem Kläger beim Erwerb der Grundschuld bekannt gewesen sind."

## C. Schluß.

§ 42. Durch die mit der Bearbeitung des vorliegenden Themas verknüpfte Beschäftigung mit der einschlägigen Litteratur hat der Verfasser den Eindruck gewonnen, daß sich in den einzelnen Rechtsperioden eine Wandlung des Pfandrechts auf Kosten seiner accessorischen Natur vollzogen hat. Das römische Recht, auf Förderung des Personalcredits bedacht, hielt daran fest, daß das Pfandrecht ein accessorisches Recht sei, und die Ausnahmen bestätigen auch hier nur die Regel.

[70]) Ueber den praktischen Wert der Grundschuld sind die Ansichten sehr geteilt; doch ist hier nicht der Ort, auf die Frage der Bedeutung der Grundschuld näher einzugehen.

Anders das Deutsche Recht. Wenn man auch vor jeder radikalen Beseitigung der accessorischen Natur der Hypothek anfänglich zurückschreckte, so beschränkte man dieselbe doch im Laufe der Zeit immer mehr und brachte die Prinzipien des germanischen Pfandrechts wieder zur Förderung des Immobiliarcredits zur Geltung.

Und in der That läßt sich nicht leugnen, daß die Abhängigkeit der Hypothek von Existenz und Gültigkeit einer persönlichen Forderung den Immobiliarcredit auf's empfindlichste schädigt. Der Kapitalist nämlich, der heute bei großen städtischen Unternehmungen sein Geld sicher und gewinnbringend anlegen kann, hat sich vom Grundbesitz weggezogen, wo er beim Erwerbe einer Hypothek ohne Gefahr für sein Geld auf eine Prüfung der persönlichen Schuld nicht verzichten kann, ein Umstand, der den Hypothekenverkehr geradezu lahm legt. Deshalb kommen wir heute mit einem Hypothekengesetz, das sich ängstlich an die accessorische Natur der Hypothek anklammert, nicht mehr aus, sondern wir bedürfen einer Hypothekenverfassung, die sich auf die Pricipien der Publicität, Specialität und Priorität stützt, denn nur so erhalten wir ein Gesetz, „welches dem Grundeigenthum und den Fortschritten des Verkehrs, den veränderten Industrie- und Geldverhältnissen, kurz der ganzen heutigen Wirtschaftsmethode ein sicheres Fundament, eine wirkliche und nicht bloß scheinbare Stütze gewährt." [71])

[71]) Mascher: a. a. O. S. 805.

# Vita.

Ich bin geboren zu Barmen am 6. Februar 1873 als Sohn des Kaufmanns August Siller und dessen Ehefrau Laura geb. Weskott. Ich besuchte das Gymnasium zu Barmen, auf dem ich Ostern 1892 das Abiturientenexamen bestand. Meine ersten 3 Semester studirte ich in Bonn an der rhein. Friedrich Wilhelms-Universität. Gleichzeitig diente ich daselbst vom 1. Oktober 1892 bis 1. Oktober 1893 als Einj. Freiw. beim Husaren-Regiment König Wilhelm I. (1. rhein.) Nr. VII. Herbst 1893 wurde ich bei der Friedrich Wilhelms-Universität zu Berlin immatriculirt. In meinen beiden letzten Semestern gehörte ich wieder der Universität zu Bonn an und bestand im September 1895 am königlichen Oberlandesgericht zu Köln die erste jur. Prüfung.

Im November 1895 promovirte ich sodann zum Dr. jur. einer hohen jur. Fakultät der Universität Erlangen.

Allen meinen hochverehrten Herren Lehrern den ehrerbietigsten Dank auszusprechen, sei mir auch an dieser Stelle gestattet

Dr. jur. Siller,

Referendar.